



## ● **AGG-Entschädigung für behinderten Bewerber wegen fehlender Meldung der offenen Stelle an die zuständige Arbeitsagentur**

### **Orientierungssatz zur Anmerkung**

Sofern der ausschreibende private Arbeitgeber die zu besetzende Stelle nicht gemäß § 164 Satz 2 SGB IX bzw. der öffentliche Arbeitgeber nach § 165 Satz 1 SGB IX der zuständigen Agentur für Arbeit gemeldet hat, wofür die Veröffentlichung des Stellenangebots über die Jobbörse der Bundesagentur nicht ausreicht, folgt aus der Unterlassung die Vermutung, dass er den Bewerber wegen der Schwerbehinderung benachteiligt hat. Daraus folgt die Pflicht zur Zahlung einer angemessenen Entschädigung, § 15 Abs. 2 AGG.

### **A. Problemstellung**

Streitig ist ein diskriminierungsrechtlicher Entschädigungsanspruch wegen Benachteiligung eines schwerbehinderten Stellenbewerbers durch fehlende Meldung einer offenen Stelle gemäß § 165 Satz 1 SGB IX an die zuständige Agentur für Arbeit.

### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Der 1965 geborene schwerbehinderte Kläger ist promovierter Diplom-Kaufmann und arbeitete sowohl als Angestellter wie auch selbstständig seit 1998 u.a. in den Bereichen Consulting, Coaching und Projektbetreuung bzw. Projektleitung, ab dem Jahr 2007 überwiegend in der Informationstechnik (IT). Er ist seit Mai 2019 bei der Bundesagentur für Arbeit (BA) arbeitsuchend gemeldet.

Das beklagte Unternehmen (Beklagte) zählt mit über 4.000 Mitarbeitern und einem Jahresumsatz in 2019 von etwa 449,7 Mio. Euro zu Deutschlands größeren IT-Dienstleistungsanbietern.

Die Beklagte veröffentlichte im August 2019 eine Stellenausschreibung für die Position „(Senior) Agile Coach/Agilist (m/w/d)“. Sie hatte hinsichtlich der ausgeschriebenen Stelle der BA keinen Vermittlungsauftrag erteilt, unterhält auch keinen Kooperationsvertrag mit dieser. Die Stellenanzeige übermittelte ihr privater Dienstleister automatisch an die Online-Jobbörse der BA, in der die Bezeichnung des Stellenangebotes, Veröffentlichungsdatum, Arbeitgeber, Arbeitsort und Entfernung zum Arbeitsort hinterlegt und mit einem Link versehen sind, der ein Aufruf der Stellenanzeigen insgesamt ermöglicht. Der Kläger bewarb sich daraufhin Mitte August 2019 per E-Mail unter Hinweis auf seine Schwerbehinderung und mit beigefügtem Lebenslauf, Arbeitszeugnissen sowie Qualifikationsnachweisen. Zwei spätere Nachfragen des Klägers per E-Mail beantwortete die Beklagte auf Nachfrage dahingehend, dass sein Qualifikationsprofil nicht hinreichend mit dem Anforderungsprofil der zu besetzenden Position übereinstimme. Der Kläger ist der

Auffassung, er sei im Auswahlverfahren wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt worden. Er verlangte zur Vermeidung eines gerichtlichen Verfahrens zwei Monatsgehälter (10.000 Euro) als Entschädigung, woraufhin ihm die Beklagte Anfang Januar 2020 ohne Anerkennung einer Rechtspflicht eine Entschädigung von 2.500 Euro anbot.

Das Arbeitsgericht hat die Entschädigungsklage als unbegründet abgewiesen. U.a. führte das Arbeitsgericht aus, die BA habe von der Stellenanzeige durch Einstellen in die Online-Jobbörse Kenntnis erlangt, auch wenn kein betreuter Vermittlungsauftrag erteilt worden sei. Zudem habe die Beklagte hinreichend dargetan, dass der Kläger im Hinblick auf die Anwendung agiler Methoden nicht dem Anforderungsprofil genüge. Dagegen hat der Kläger rechtzeitig Berufung beim Landesarbeitsgericht eingelegt und zur Begründung u.a. ausgeführt, die Beklagte habe durch das Unterlassen eines Vermittlungsauftrags ihre Konsultations- und Mitteilungspflicht verletzt, wodurch eine Benachteiligung wegen der (Schwer-)Behinderung indiziert sei. Ein benachteiligungsfreies Auswahlverfahren fehle. Bei der Höhe der Entschädigung gelte, dass sich die privatwirtschaftlich tätige Beklagte, die weniger als 5% Personen mit Schwerbehinderung beschäftige, durch die Nichtbeschäftigung von behinderten Personen einen erheblichen Wettbewerbs- und Kostenvorteil verschaffe. Die Beklagte ist dem u.a. mit Bezug auf das angefochtene Urteil des Arbeitsgerichts entgegengetreten. Zudem sei das Fehlen eines Vermittlungsauftrags allenfalls ein schwaches Indiz für eine Benachteiligung. Ein sachlicher Zusammenhang mit der Beschäftigungsquote behinderter Personen bestehe nicht. Die Einschaltung der BA sei in der IT-Branche de facto nicht erfolgversprechend. Auch habe sich der unterlassene Vermittlungsauftrag nicht ausgewirkt, da sich der Kläger ja im August 2019 beworben habe, dann jedoch wegen fehlender Eignung nicht eingestellt worden sei.

Das LArbG Köln hat der Berufung stattgegeben, das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Beklagte verpflichtet, an den Kläger gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG wegen eines immateriellen Schadens eine Entschädigung i.H.v. 7.500 Euro zu zahlen.

Der Kläger habe durch seine Nichtberücksichtigung im Einstellungsverfahren eine unmittelbare Benachteiligung i.S.v. § 3 Abs. 1 AGG erfahren. Bei Zugrundelegung der üblichen Anforderungen an den Entschädigungsanspruch seien hier die Voraussetzungen gemäß § 15 Abs. 2 i.V.m. den §§ 7 und 3 AGG erfüllt. Das gelte auch für das Benachteiligungsverbot in § 164 Abs. 2 Satz 1 SGB IX betreffend schwerbehinderte Beschäftigte. Aus § 22 AGG folge für Diskriminierungen die erleichterte Darlegungslast, eine Absenkung des Beweismaßes und Umkehr der Beweislast. Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten, begründe regelmäßig die Vermutung einer Benachteiligung wegen der (Schwer-) Behinderung.

Die Beklagte habe hier fahrlässig ihre aus § 164 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 SGB IX folgenden Prüf- und Mitteilungspflichten missachtet. Diese Pflichtverletzungen seien grundsätzlich geeignet, den Anschein zu erwecken, an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen nicht interessiert zu sein (BAG, Urt. v. 29.04.2021 - 8 AZR 279/20). Konkret habe danach die Beklagte hier weder gesondert geprüft, ob die ausgeschriebene Stelle mit einer schwerbehinderten Person besetzt werden könne, noch habe sie frühzeitig in geeigneter Art und Weise Verbindung mit der BA aufgenommen und den freien Arbeitsplatz gemeldet (§ 164 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 SGB IX).

Auch die bloße Weiterleitung einer Stellenausschreibung an die Online-Jobbörse der BA, ohne gesonderten Vermittlungsauftrag, sei unzureichend, da sie nicht

gewährleiste, dass die zuständige Vermittlungsperson der BA in geeigneter Art und Weise Kenntnis von dem freien Arbeitsplatz erlange und nicht zu sachgerechten Vermittlungsvorschlägen in die Lage versetzt werde (LArbG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 21.08.2014 - 10 TaBV 671/14; Brose in: BeckOK-Sozialrecht, 60. Edition, Stand: 01.03.2021, § 164 SGB IX Rn. 9; Fabricius in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IX, 3. Aufl., § 164 SGB IX Rn. 19; Kohte in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 6. Aufl. 2019, §§ 164, 165 SGB IX Rn. 5 jew. m.w.N.). Die Beklagte habe weder ihre Prüf- noch ihre Mitteilungspflicht ordnungsgemäß erfüllt. Die so begründete Vermutung einer Benachteiligung des Klägers wegen der (Schwer-)Behinderung sei von der Beklagten nicht hinreichend widerlegt worden. Jedenfalls sei nicht anzunehmen, dass die zu vermutende Benachteiligung im Bewerbungsverfahren ausschließlich auf anderen Gründen als der (Schwer-) Behinderung beruht haben mag.

Der Höhe nach stehe dem Kläger gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG gegenüber der Beklagten eine angemessene Entschädigung i.H.v. 7.500 Euro, also anderthalb Bruttomonatsverdienste, zum Ausgleich des durch die unzulässige Diskriminierung wegen (Schwer-)Behinderung entstandenen immateriellen Schadens zu. Auch wenn sich die Beklagte nicht gänzlich der Einstellung behinderter Menschen versperre, hätte sie sich vor der Einschaltung eines externen Dienstleiters selbst vergewissern müssen, ob die gesetzlich vorgeschriebenen Mitteilungspflichten an die BA gewahrt wurden. Etwaige Negativerfahrungen der Beklagten in der Kooperation mit der BA exkulpieren die Beklagte nicht von gesetzlich allgemein bestehenden Pflichten. Bei Betrachtung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und der Markstellung der Beklagten sei eine empfindliche Sanktion geboten, um sie in Zukunft zur Gewährleistung der Teilhabe schwerbehinderter und ihnen gleichgestellter Menschen am Arbeitsleben anzuhalten.

### **C. Kontext der Entscheidung**

Die Entscheidung des LArbG Köln ist überzeugend begründet und ihr ist zustimmen. Sie hält sich auf der Linie, die in Rechtsprechung und Literatur mittlerweile weitgehend übereinstimmend für die Frage der Fördermöglichkeiten (schwer)behinderter Arbeitsuchender unter Einschaltung der Agenturen für Arbeit zwecks Arbeitsvermittlung nach § 164 SGB IX zutreffend vertreten wird. So hat auch der Achte Senat des BAG noch Ende 2021 – zeitlich nach der Entscheidung des LArbG Köln – eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG zugesprochen und zur Vermutung i.S.d. § 22 AGG klargestellt, es genüge für die Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung, dass der beklagte Landkreis es entgegen § 165 Satz 1 SGB IX unterlassen habe, den ausgeschriebenen, mit schwerbehinderten Menschen besetzbaren Arbeitsplatz der zuständigen Agentur für Arbeit zu melden (BAG, Urt. v. 25.11.2021 - 8 AZR 313/20). Die Veröffentlichung des Stellenangebots über die Jobbörse der Bundesagentur für Arbeit stelle (noch) keine Meldung i.S.v. § 165 Satz 1 SGB IX dar. Der Umstand der unterlassenen Meldung wiederum begründe die Vermutung, dass der Kläger im Auswahlverfahren zur Stellenbesetzung wegen seiner Schwerbehinderung nicht berücksichtigt und damit benachteiligt worden sei. Das BAG hat konkret entschieden, dass eine Kommunalkörperschaft bereits dadurch gegen § 165 Satz 1 SGB IX verstößt, dass sie die zu besetzende Stelle nicht der zuständigen Agentur für Arbeit wie vorgeschrieben meldet. Auch diese Unterlassung begründe die Vermutung, dass der (öffentliche) Arbeitgeber den dort klagenden Bewerber wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt habe. Auch wenn die Kommune eine freie Stelle nicht intern besetzen könne, müsse sie das der Arbeitsagentur melden – eine Veröffentlichung über die Jobbörse der BA reiche nicht

aus (so explizit BAG, Urt. v. 25.11.2021 - 8 AZR 313/20 = NZA 2021, 631). Sonst gelte die Vermutung, dass ein erfolgloser Bewerber mit einer Behinderung wegen dieser benachteiligt wurde. Dann habe er einen Anspruch auf Entschädigung nach dem AGG.

Das entspricht auch dem maßgeblichen Schrifttum. Danach soll die Meldepflicht gewährleisten, dass der Arbeitgeber von der BA Kenntnis über geeignete schwerbehinderte Bewerber für die freie Stelle vermittelt erhält. Damit soll möglichst vielen geeigneten schwerbehinderten Menschen die Möglichkeit gegeben werden, Arbeit zu finden. Es handelt sich um gesetzlich vorgesehene Instrumente zur Förderung der Teilhabe schwerbehinderter und ihnen gleichgestellter Menschen am Arbeitsleben (vgl. zum inhaltsgleichen § 81 Abs. 1 Satz 2 SGB IX a.F.: BAG, Urt. v. 12.09.2006 - 9 AZR 807/05). Es bedarf der Angaben der Daten, die für einen qualifizierten Vermittlungsvorschlag seitens der BA erforderlich sind, wie etwa die Mitteilung der konkreten Stellenbeschreibung oder des Anforderungsprofils (vgl. zu alledem Düwell in: LPK-SGB IX, 6. Aufl. 2021, § 164 Rn. 140, 141 m.w.N.).

Unterlässt der Arbeitgeber die Meldung mit Vermittlungsauftrag, so ist das eben auch ein Indiz i.S.v. § 22 AGG dafür, dass er Vorbehalte gegen die Beschäftigung behinderter Menschen hegt. Dies führt zur Annahme einer Benachteiligungsvermutung (vgl. ergänzend Schäfer, jurisPR-SozR 1/2022 Anm. 6 zu BAG, Urt. v. 01.07.2021 - 8 AZR 297/20). Die Pflicht zur Verbindungsaufnahme bei der Arbeitsagentur entfällt schließlich zu Recht auch dann nicht, wenn sich schwerbehinderte Menschen bereits aus Eigeninitiative beworben haben. § 164 Abs. 1 Satz 1 SGB IX verdeutlicht dies, indem „insbesondere“ diejenigen als Zielgruppe definiert werden, die als arbeitslos und arbeitsuchend gemeldet sind. Diesen schuldet die BA u.a. gemäß § 187 Abs. 5 Nr. 1 SGB IX einen sorgfältig ausgearbeiteten Vermittlungsvorschlag.

## **D. Auswirkungen für die Praxis**

Der Vermittlungsvorschlag soll dann in der Praxis mit einem Förderungsangebot nach § 187 Abs. 5 Nr. 2 SGB IX unter Hinweis auf Fördermittel kombiniert werden und soweit erforderlich auch Hilfen der Rehabilitationsträger und der Integrationsämter aufzeigen. Besondere Bedeutung für die Einstellungsentscheidung der Arbeitgeber hat die Beratung über Eingliederungszuschüsse i.S.d. §§ 88-92 und 131 SGB III zum Ausgleich einer behinderungsbedingten Minderleistung. Die Anforderungen an die Erfüllung der Mitteilungspflicht sind nicht mit der Weiterleitung der Stellenausschreibung an die Jobbörse erfüllt gewesen. Denn allein dadurch, so das LArbG Köln zu Recht, ist keine qualifizierte Weiterbetreuung des Arbeitsplatzangebotes zugunsten behinderter Bewerber gewährleistet. Vielmehr sieht das Landesarbeitsgericht die Kausalitätsvermutung nach § 22 AGG als begründet an, soweit der Arbeitgeber damit nicht alles Erforderliche und Zumutbare unternommen hat, um Bewerbungen auch behinderter Stellensuchenden zu ermöglichen.

■